

## 2. DERECHO MERCANTIL

### La ineficacia de la representación como consecuencia de la infracción del deber de lealtad de los administradores y las situaciones de conflicto de interés

#### *The Ineffectiveness of Authority to Represent a Company as a Consequence of Violation of the Directors' Duty of Loyalty and Conflicts of Interest*

por

FRANCISCO REDONDO TRIGO

*Académico Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación  
Profesor de Derecho Civil y Abogado*

RESUMEN: La Resolución de 3 de agosto de 2016, de la Dirección General de los Registros y del Notariado razona que el conflicto de intereses no supone, en realidad, un supuesto de actuación sin autorización, en el sentido del artículo 1259 del Código Civil, que prevé que nadie puede contratar a nombre de otro sin estar por este autorizado, porque en este caso, la legitimación para actuar se deriva de ser administrador de la sociedad y como es sabido el poder de representación de los administradores se extiende a todo el objeto social, siendo ineficaz frente a terceros toda limitación de los poderes de los administradores, quedando incluso la sociedad obligada frente a terceros de buena fe y sin culpa grave cuando dichos actos exceden del objeto social, en contra —en nuestra opinión— de lo establecido en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Sexta) de 16 de diciembre de 1997.—Coöperatieve Rabobank «Vecht en Plassengebied» BA contra Erik Aarnoud Minderhoud, que falla admitiendo que el régimen de oponibilidad frente a terceros de los actos realizados por los miembros de órganos sociales en situaciones de conflicto de intereses con la sociedad representada no está comprendido en el marco normativo de la Directiva 68, 151, CEE del Consejo, de 9 de marzo de 1968, Primera Directiva tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades definidas en el segundo párrafo del artículo 58 del Tratado, para proteger los intereses de socios y terceros, y es competencia del legislador nacional.

ABSTRACT: *The Decision of the Spanish Directorate-General of Registries and Notarial Affairs of 3 August 2016 reasons that a conflict of interests is not actually a case of unauthorised action, not in the meaning of article 1259 of the Spanish Civil Code, which states that no-one may enter into contracts in another person's name without being authorised by that person. In the case at hand, legal standing to act stems from the person's standing as a company director. As is well known,*

directors' power to represent their company covers the company's entire purpose. Any restriction of directors' powers is ineffective vis-à-vis third parties. Even when the acts in question overstep the bounds of the company's purpose, the obligations are binding for the company if entered into with third parties in good faith without gross negligence. This, in our opinion, goes against the judgment of the Court of Justice of the European Union (Sixth Chamber) of 16 December 1997 (*Coöperatieve Rabobank «Vecht en Plassengebied» BA v Erik Aarnoud Minderhoud*) which admits that the rules governing enforceability as against third parties of acts performed by members of company organs in situations of conflict of interest with the represented company do not fall within the normative framework of Directive 68, 151, EEC of the Council of 9 March 1968 on co-ordination of safeguards which, for the protection of the interests of members and others, are required by Member States of companies within the meaning of the second paragraph of Article 58 of the Treaty, with a view to making such safeguards equivalent throughout the Community, and are matters for the national legislature.

**PALABRAS CLAVE:** Derecho de sociedades. Representación. Administradores. Conflicto de interés.

**KEY WORDS:** *Company law. Representation by directors. Conflict of interest.*

**SUMARIO:** I. LA INCERTIDUMBRE GENERADA POR LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO.—II. UNA PROPUESTA INTERPRETATIVA.—III. BIBLIOGRAFÍA.—IV. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

## **I. LA INCERTIDUMBRE GENERADA POR LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO**

En la Resolución de 3 de agosto de 2016, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, (*BOE* núm. 230 de 23 de septiembre de 2016) se resuelve el recurso interpuesto contra la nota de calificación de la Registradora de la Propiedad de Roses núm. 1, por la que se suspende la inscripción de una escritura de compraventa, donde se trata la controvertida cuestión de las consecuencias que en el ámbito de la eficacia representativa de la actuación de los administradores pudiera tener la actuación en conflicto de interés con la sociedad representada.

Según el Fundamento de Derecho I de la referida Resolución del Centro Directivo, la cuestión que se plantea es la posible existencia de un conflicto de intereses en el supuesto en que el representante de la sociedad vendedora sea el cónyuge de la adquirente, estando ambos casados bajo el régimen de separación de bienes con nivelación de ganancias, del Derecho alemán. En este expediente se trata de una compraventa de bienes inmuebles situados en España, realizada entre persona física y jurídica de nacionalidad alemana y por tanto sujeta al Reglamento 593, 2008 de 17 de junio, de obligaciones contractuales, (Roma I) que, en defecto de ley escogida por las partes a los contratos relativos a derechos reales sobre bienes inmuebles, aplica la ley del lugar donde estuvieran situados, en consecuencia, la legislación española bajo cuyo prisma debe considerarse el

posible conflicto de intereses que pueda concurrir en la prestación del consentimiento en el contrato considerado.

Esto, no obstante, existen ciertos aspectos que quedan excluidos de la esta ley, dos de ellos relevantes en este caso, de un lado la proyección del régimen económico del matrimonio en los efectos del contrato, y de otro las cuestiones de funcionamiento interno de las sociedades, en cuanto a la manera de abordar los supuestos en los que sus representantes defienden en el mismo contrato también intereses contrapuestos al de la sociedad y de formalizar los acuerdos pertinentes. En cada uno de los casos deberá aplicarse lo previsto en los artículos 9.2 y 9.11 del Código Civil respectivamente. Asimismo, de conformidad con la Resolución de este Centro Directivo de 27 de abril de 2015, la determinación de cual haya de ser la ley material aplicable a un supuesto internacional corresponde a la autoridad del foro. Y a estos efectos, no debe ser objeto de confusión la falta de obligatoriedad de conocer el Derecho extranjero con la obligatoriedad de determinar cuál es la legislación extranjera aplicable, conforme al artículo 12.6 del Código Civil, norma que, como señaló la Resolución de este Centro Directivo de 20 de enero de 2011, impone la aplicación de oficio de la norma de conflicto que resulte aplicable al supuesto. En nuestro caso, al aplicar las normas de conflicto la regulación aplicable será Derecho español en lo relativo a la compraventa y Derecho alemán en cuanto al régimen económico matrimonial y al funcionamiento de la sociedad mercantil.

Mantiene la Registradora que existe un conflicto de intereses por el hecho de que el administrador de la sociedad sea el marido de la compradora cuando están casados en el régimen supletorio de participación en ganancias recogido en la legislación alemana.

Desde el punto de vista de la parte vendedora, se plantea si la situación personal del administrador puede viciar de alguna manera el contrato de venta.

Pues bien, más allá de los aspectos de Derecho Internacional Privado que pudieren suscitarse de la lectura de la presente Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 3 de agosto de 2016 y que por cuestiones de espacio no son objeto de este trabajo, hemos de reseñar los argumentos que vierte la referida Resolución sobre las consecuencias jurídicas que —a su juicio— han de anudarse a la actuación de los administradores actuando en conflicto de interés y que son los siguientes:

«Hay que partir de la base de que en el supuesto planteado no existe autocontratación, ya que esta se produce cuando una persona interviene en un mismo contrato en su propio nombre y en el de la otra parte contratante o incluso cuando representa a ambas partes en el negocio jurídico. En estos casos es doctrina reiterada de la Dirección General de los Registros y del Notariado (véanse Resoluciones de 9 de julio de 2014 y 20 de octubre de 2015) que en la valoración de la suficiencia de las facultades del representante debe el Notario hacer mención expresa a la facultad de autocontratar. Pero al margen de la problemática de la incidencia de la doctrina del autocontrato, debe analizarse también si existe un posible conflicto de intereses. La legislación de los distintos países europeos regula de manera paralela el régimen de responsabilidad de los administradores y particularmente el denominado deber de lealtad, que obliga al administrador a actuar de buena fe y orientado por aquello que resulte más favorable para la sociedad. Así se establece en el artículo 227 de la Ley de Sociedades de Capital al decir que «los

administradores deberán desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la Sociedad». Entre las obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad, se incluye el deber de evitar situaciones de conflicto de interés (art. 229 de la Ley de Sociedades de Capital), bajo el régimen de imperatividad y dispensa que establece el artículo 230 de la misma Ley. Respecto a las acciones derivadas de la infracción del deber de lealtad y situación de conflicto de intereses son las previstas en los artículos 227.2 y 232 de la Ley de Sociedades de Capital, al imponer el primero la obligación de indemnizar el daño causado al patrimonio social y devolver a la sociedad el enriquecimiento injusto; y, el segundo artículo, el 232 al decir «el ejercicio de la acción de responsabilidad prevista en los artículos 236 y siguientes no obsta al ejercicio de las acciones de impugnación, cesación, remoción de efectos y, en su caso, anulación de los actos y contratos celebrados por los administradores con violación de su deber de lealtad». Lo anterior pondría de manifiesto que frente a los diversos grados de ineficacia del autocontrato del artículo 1459 del Código Civil, el conflicto de intereses en el ámbito societario provoca unos efectos diversos como ha quedado expuesto (arts. 227.2 y 232 de la Ley de Sociedades de Capital). Ciertamente, en este régimen especial, no solo se contemplan acciones de responsabilidad frente al administrador que incumple su deber de abstención ante un eventual conflicto de intereses, sino también acciones (art. 232 Ley de Sociedades de Capital) que pueden comprometer la eficacia del acto otorgado, como las que se dirigen a la cesación de sus efectos, y su impugnación o anulación. Ahora bien, este supuesto de ineficacia previsto en el artículo 232 Ley de Sociedades de Capital por infracción del deber de lealtad, debe compaginarse, a su vez, con el ámbito de representación del órgano de administración.

El artículo 234 de la Ley de Sociedades de capital establece que: «1. La representación se extenderá a todos los actos comprendidos en el objeto social delimitado en los estatutos. Cualquier limitación de las facultades representativas de los administradores, aunque se halle inscrita en el Registro Mercantil, será ineficaz frente a terceros. 2. La sociedad quedará obligada frente a terceros que hayan obrado de buena fe y sin culpa grave, aun cuando se desprenda de los estatutos inscritos en el Registro Mercantil que el acto no está comprendido en el objeto social». Por ello, desde una perspectiva general puede afirmarse que el acto realizado infringiendo el deber de lealtad pudiera tenerse por eficaz, desde el punto de vista representativo, (dejando acaso la salvedad de supuestos en que del documento presentado resulte patente su nulidad) en tanto no se declare judicialmente su ineficacia, para lo cual parece que habría de concurrir también otro elemento, ajeno al juicio de suficiencia de la representación, como es el de la producción de un daño a la compañía, aunque en este punto cabe reconocer que la doctrina científica no se muestra unánime. El conflicto de intereses no supone, en realidad, un supuesto de actuación sin autorización, en el sentido del artículo 1259 del Código Civil, que prevé que nadie puede contratar a nombre de otro sin estar por este autorizado, porque en este caso, la legitimación para actuar se deriva de ser administrador de la sociedad y como es sabido el poder de representación de los administradores se extiende a todo el objeto social, siendo ineficaz

frente a terceros toda limitación de los poderes de los administradores, quedando incluso la sociedad obligada frente a terceros de buena fe y sin culpa grave cuando dichos actos exceden del objeto social (véase artículo 10 de la Directiva 2009, 101, CE del Parlamento y el Consejo de 16 de septiembre de 2009).

Por ello las consideraciones que preceden son congruentes con lo que sostiene este Centro Directivo, en lo que se refiere a la actuación del registrador (Resoluciones de 26 de junio y 8 de julio de 2015), de que no debe perderse de vista que al Registro solo pueden acceder títulos en apariencia válidos y perfectos, debiendo ser rechazados los títulos claudicantes, es decir los títulos que revelan una causa de nulidad o resolución patente susceptible de impugnación (cfr. arts. 18, 33, 34 y 38 de la Ley Hipotecaria y 1259 del Código Civil). Solo así puede garantizarse la seguridad jurídica preventiva que en nuestro sistema jurídico tiene su apoyo fundamental en el instrumento público y en el Registro de la Propiedad. Y es que, como ya expresara el Tribunal Supremo en Sentencia de 24 de octubre de 2000, Sala Tercera, «a Notarios y Registradores les incumbe en el desempeño de sus funciones un juicio de legalidad, que, recae, respectivamente, sobre los negocios jurídicos que son objeto del instrumento público, o sobre los títulos inscribibles». Pero debe también tomarse en consideración que el artículo 18 de la Ley Hipotecaria delimita el ámbito objetivo de la calificación al establecer que los Registradores calificarán «...la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase,... así como la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas...». Ciertamente, en el procedimiento registral se trata de hacer compatible la efectividad del derecho a la inscripción del título con la necesidad de impedir que los actos que estén viciados accedan al Registro, dada la eficacia protectora de este. Por todo ello, los dos ámbitos, autocontrato y conflicto de intereses, deben mantenerse separados. Los supuestos de conflicto de intereses y la relación de personas vinculadas a los administradores, que enumera el artículo 231, con carácter general, debe quedar sujeto al régimen de los artículos 227.2 y 232 de la Ley de Sociedades de Capital y su control ha de ser judicial, en el ámbito procesal en que se pueda ejercer el derecho a la defensa y llevar a cabo una prueba contradictoria, salvo que el conflicto sea notorio y afecte al propio ámbito representativo, conforme a lo dispuesto en el artículo 234 de la Ley de Sociedades de Capital. En conclusión, y por lo que respecta a la legislación española, en nuestro caso no puede deducirse del solo hecho de que el administrador de la sociedad vendedora sea el marido de la compradora, cuando esta actúa en su propio nombre y derecho, sin adquirir con carácter común, que se haya quebrantando el deber de lealtad y se haya causado un perjuicio a la sociedad, cuestiones estas de carácter sustantivo, que deberán ventilarse en el juicio correspondiente».

Con el propósito que ahora nos ocupa, la Dirección General de los Registros y del Notariado concluye lo siguiente:

(i) Desde una perspectiva general puede afirmarse que el acto realizado infringiendo el deber de lealtad pudiera tenerse por eficaz, desde el punto de vista

representativo, (dejando acaso la salvedad de supuestos en que del documento presentado resulte patente su nulidad) en tanto no se declare judicialmente su ineficacia, para lo cual parece que habría de concurrir también otro elemento, ajeno al juicio de suficiencia de la representación, como es el de la producción de un daño a la compañía, aunque en este punto cabe reconocer que la doctrina científica no se muestra unánime.

(ii) El conflicto de intereses no supone, en realidad, un supuesto de actuación sin autorización, en el sentido del artículo 1259 del Código Civil, que prevé que nadie puede contratar a nombre de otro sin estar por este autorizado, porque en este caso, la legitimación para actuar se deriva de ser administrador de la sociedad y como es sabido el poder de representación de los administradores se extiende a todo el objeto social, siendo ineficaz frente a terceros toda limitación de los poderes de los administradores, quedando incluso la sociedad obligada frente a terceros de buena fe y sin culpa grave cuando dichos actos exceden del objeto social (véase artículo 10 de la Directiva 2009, 101, CE del Parlamento y el Consejo de 16 de septiembre de 2009).

De nuevo y como tratamos en su momento<sup>1</sup>, la Dirección General de los Registros y del Notariado vuelve a analizar erróneamente a nuestro juicio un supuesto de actuación de administradores desde la óptica del artículo 234 de la Ley de Sociedades de Capital y con dejación de la aplicación al caso de lo previsto en el artículo 1259 del Código Civil, como hiciera en su día en relación con el ámbito de aplicación y consecuencias del artículo 160.1.f de la Ley de Sociedades de Capital (cfr. a título de ejemplo, Resolución de la Dirección General 11 de junio de 2015 de los Registros y del Notariado (*BOE* núm. 190, de 10 de agosto de 2015), donde se decantó por una posible aplicación analógica del artículo 234.2 de la Ley de Sociedades de Capital y por tanto sostener que prevalecen los actos realizados por los administradores con extralimitación respecto del objeto social inscrito frente a los que quedan protegidos los terceros de buena fe y sin culpa grave, lo cual a nuestro juicio supone no abordar el problema ni atenderlo de la forma que debiera en el seno de la conocida como representación aparente y en función de la aplicación de lo previsto en el artículo 1259 del Código Civil, con las requisitos y consecuencias inherentes al mismo, puesto que no creemos que pueda sostenerse en estas situaciones la propugnada por ciertos autores aplicación analógica del artículo 234.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

## II. UNA PROPUESTA INTERPRETATIVA

En la doctrina, las infracciones del deber de lealtad se han venido sancionando con la correspondiente acción de responsabilidad de los administradores infractores del mismo y que han incurrido en el correspondiente conflicto de interés, así como mediante el remedio que ofrezca la acción jurídica que permita el caso concreto.

De esta forma, PAZ-ARES<sup>2</sup> expone al respecto lo siguiente: «(i) acciones de impugnación, dirigidas a obtener la anulación de un acuerdo del consejo o, en su caso, de la junta general que contradiga los deberes de lealtad de los administradores o accionistas de referencia (normalmente habrá de instrumentarse a través del concepto de infracción del «interés social», cuya fenomenología extiende ahora la reforma a la lesión injustificada del interés del accionista minoritario: v. art. 204.1 II LSC); (ii) acciones de nulidad, encaminadas a obtener la anulación

de concretos negocios o contratos que hayan sido celebrados contraviniendo las reglas derivadas del deber de lealtad; y (iii) acciones de cesación y remoción, cuya finalidad es obtener del Juez una resolución que ordene el cese de actividades prohibidas por el deber de lealtad —por ejemplo, una actividad competitiva— o la remoción de los efectos causados por ellas (art. 1098 del Código Civil *in fine*) (...) La procedencia de estas acciones es indiscutible. Cuestión distinta es cómo deben coordinarse sus presupuestos sustantivos y procesales con las acciones más genuinamente societarias. La complejidad que reviste el tema me impide tratarlo de manera mínimamente completa. No estará de más, sin embargo, plantear una distinción entre infracciones del deber de lealtad meramente tipológicas (por ejemplo, aquellas derivadas de operaciones que no siguieron los cauces procedimentales previstos para su aprobación) e infracciones del deber de lealtad sustantivas, cuya ilicitud se irradia a la causa del contrato. En las primeras, entiendo que los remedios generales no pueden ser ejercitados al margen de los requisitos de legitimación y plazo que marca la legislación societaria (por ejemplo, puede instarse la anulación del contrato junto a la exigencia de responsabilidad de los administradores en el bien entendido de que la anulación de la operación con el propio administrador o persona vinculada constituye una vía de resarcimiento *in natura*). En las segundas, en cambio, los remedios generales pueden hacerse valer autónomamente, lo que determina la posibilidad de que una operación —imagine el caso grueso o burdo de la venta del principal activo social a una sociedad perteneciente a los propios administradores a cambio de un precio ridículo ilustrado por la Sentencia que inmediatamente citaré— pueda ser anulada por un socio minoritario, aunque no esté legitimado para impugnar el acuerdo o para exigir responsabilidad de los administradores. El fundamento último de todo ello radica en el reconocimiento general de legitimación para entablar la acción de nulidad por causa ilícita a cualquier tercero que tenga un interés legítimo, y es obvio que el socio lo tiene, como certeramente ha establecido la reciente STS de 8 de abril de 2013 (*RJ* 2013, 4597)».

Con discernimiento sobre si la acción del artículo 232 de la Ley de Sociedades de Capital, es una acción de nulidad o anulabilidad del acuerdo infractor del deber de lealtad, GARCÍA-VILLARUBIA<sup>3</sup> razona lo siguiente: «La doctrina mayoritaria se inclina por sostener que se está ante una acción de nulidad radical por ilicitud de la causa: “la acción de anulación de los actos y contratos celebrados por los administradores con infracción del deber de lealtad aludida en el artículo 232 es la acción de nulidad del artículo 1300 del Código Civil, que en particular encuentra su fundamento en la causa ilícita del artículo 1275 del Código Civil de que adolecen esos actos o contratos por estar preordenados a ocasionar un daño ilegítimo (por resultar de la infracción de un deber derivado del contrato de administración y legalmente impuesto) a la sociedad o los socios” (Massaguer, J., *op. cit.*, pp. 436 y 437; en el mismo sentido, Díaz Moreno, A., *op. cit.*, p. 7). Con más matices (el fundamental, el que excluye de esta opinión a las antes llamadas infracciones meramente tipológicas), PAZ-ARES, C., *op. cit.*, p. 64, entiende que en el caso de las infracciones sustantivas, su ilicitud se irradia a la causa del contrato y frente a ellas los remedios generales pueden hacerse valer de manera autónoma. Este planteamiento, el de la configuración de la acción de anulación del artículo 232 LSC como una acción de nulidad radical por ilicitud de la causa, determina que la legitimación activa corresponde a todo aquel que tenga un interés legítimo, incluidos, por tanto, los socios de la compañía a título individual; determina que la acción no esté sometida a plazo de caducidad o prescripción y determina, en fin, que a la liquidación de la relación anulada sea aplicable el artículo 1306.1.º



del Código Civil si la contraparte es la propia sociedad, y el artículo 1306.2.º del Código Civil, si lo es un tercero, estableciéndose los efectos restitutorios propios de la acción de nulidad absoluta<sup>4</sup>».

A continuación, GARCÍA VILLARUBIA parece decantarse por la configuración de la acción como de nulidad relativa o anulabilidad cuando razona que: «Otra vía pasaría por configurar la acción de anulación del artículo 232 LSC con contornos propios de una acción de anulabilidad o nulidad relativa. La principal dificultad de este segundo camino estaría en el encaje de estos supuestos en alguno de los vicios de anulabilidad contemplados por el ordenamiento. Pero la dificultad podría superarse entendiendo que se estaría, en estos casos, no ante defectos por sí solos estructurales del propio negocio jurídico, sino de defectos en la formación de la voluntad de uno de los contratantes (la sociedad en cuyo seno se ha producido la lesión al interés social); en definitiva, de una suerte de vicio de voluntad próximo a un vicio del consentimiento, que consistiría en la emisión de la declaración de voluntad con lesión del deber de lealtad y, además, de manera contraria al interés social. El consentimiento solo estaría realmente viciado si, además del comportamiento puramente infractor del deber de lealtad, el acto o contrato es contrario al interés social. Esta tesis (que podría sostenerse con más facilidad en los casos de las infracciones tipológicas que en los de infracciones sustantivas) solucionaría los problemas de ausencia de plazo para el ejercicio de la acción, que estaría sometida a la caducidad del artículo 1301 del Código Civil. Además, sería compatible con la idea de dispensa, que como se ha visto no es fácil de encajar en una acción de nulidad de pleno derecho. En efecto, en tanto el artículo 230 LSC permite la dispensa —*a priori* o *a posteriori*— por parte de la junta general o del órgano de administración de los actos y contratos realizados por los administradores con violación del deber de lealtad, esta dispensa podría interpretarse como una confirmación —en el caso de la dispensa *a posteriori*— del negocio anulable *ex* artículo 1309 del Código Civil».

Sin embargo, no es esta la dirección y el resultado que entendemos más adecuado para intentar ofrecer una solución al problema propuesto, o sea, a la consecuencia que hemos de ofrecer al negocio jurídico celebrado por los administradores en conflicto de interés con la sociedad.

Evidentemente, no ayuda la terminología del propio artículo 232 de la Ley de Sociedades de Capital, cuando hace referencia a la acción de «anulación», ni tampoco ofrece claridad al respecto la regulación de la dispensa que prevé el artículo 230 de la Ley de Sociedades de Capital<sup>5</sup> y la posibilidad de que la misma se pueda otorgar *a posteriori*, a los defensores de la nulidad absoluta por ilícito causal<sup>6</sup>, aunque con lo que no podemos coincidir es con el criterio que nos ofrece la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 3 de agosto de 2016 ubicando el problema en el ámbito de representación de los administradores y por tanto en la aplicación del artículo 234 de la Ley de Sociedades de Capital, ya que ello es contrario —en nuestra opinión— a la interpretación de las Directivas societarias que ha realizado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Nos estamos refiriendo a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Sexta) de 16 de diciembre de 1997. —Coöperatieve Rabobank «Vecht en Plussengebied» BA contra Erik Aarnoud Minderhoud. —Petición de decisión prejudicial: Hoge Raad —Países Bajos. Asunto C-104, 96 (*Recopilación de Jurisprudencia* 1997 página I-07211), cuya Parte Dispositiva es la que sigue:

«El régimen de oponibilidad frente a terceros de los actos realizados por los miembros de órganos sociales en situaciones de conflicto



de intereses con la sociedad representada no está comprendido en el marco normativo de la Directiva 68, 151, CEE del Consejo, de 9 de marzo de 1968, Primera Directiva tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades definidas en el segundo párrafo del artículo 58 del Tratado, para proteger los intereses de socios y terceros, y es competencia del legislador nacional».

El Tribunal de Justicia, falla en consonancia con las Conclusiones del Abogado General La Pergola presentadas el 12 de marzo de 1997, que sobre el particular y por su interés reproducimos:

«V. Examen del litigio

6. En mi opinión, el artículo 9 de la Directiva, invocado como parámetro de interpretación de la legislación nacional controvertida y de la disposición paralela contenida en los Estatutos de Mediasafe, no se aplica al presente caso. En efecto, comparto la opinión sostenida por el Gobierno sueco y que también fue sostenida, aunque con cierta ambigüedad, por la Comisión, según la cual, la disposición contenida en el artículo 9 de la Directiva no regula el supuesto de que los órganos de la sociedad, a los que se les ha confiado su representación, se hallen en una situación de conflicto de intereses. Las consecuencias que derivan de situaciones de conflicto de intereses de los administradores se rigen pues por el Derecho nacional aplicable.

7. Esta afirmación, que considero correcta, se funda en la propia formulación de la citada disposición que, en mi opinión, se refiere únicamente a la oponibilidad de los límites fijados por la ley, los estatutos o las resoluciones adoptadas por la sociedad, a los poderes conferidos a los representantes de la sociedad. En definitiva, estamos frente a una disposición que establece un régimen relativo al contenido material y al alcance de dichos poderes. Se trata de límites que se encuentran, por ejemplo, en las disposiciones que permiten obligar a la sociedad hasta una cantidad determinada o que establecen una distinción según el tipo de negocio jurídico que el representante está autorizado a realizar. Además, ello queda confirmado por el hecho de que la disposición de la Directiva de que se trata se refiere, muchas veces, a la correspondencia entre los actos realizados por el representante y el objeto social, o tiene en cuenta la publicación de los poderes de los que son titulares los órganos sociales. Por el contrario, dicha disposición no se ocupa de las circunstancias subjetivas que influyen sobre el correcto ejercicio del poder de representación.

8. En efecto, el conflicto de intereses determina un vicio en la formación de la voluntad del representante que le impide realizar legítimamente determinados actos, en la medida en que carece de la *contemplatio domini*. En mi opinión, el conflicto de intereses se sitúa en otro contexto muy diferente, es decir, el de las condiciones de carácter subjetivo que permiten el válido ejercicio del poder de representación. En realidad, se trata de una cuestión de falta de poderes de carácter general (se refiere efectivamente a todos los supuestos de representación, y no solo a los relativos al ámbito de las sociedades) que, no obstante, no altera la extensión objetiva de los poderes conferidos al

órgano social de que se trate. Por lo tanto, la situación de conflicto de intereses paraliza la competencia y la capacidad de acción del representante en relación con los actos y con los sujetos con los que debe contratar, cuando el interés que persigue en abstracto se escinde y, por tanto, diverge del de la sociedad representada. En este supuesto, se está ante un estado patológico de la representación que no incide sobre la naturaleza ni sobre la amplitud de los poderes conferidos, sino que, por el contrario, afecta a los actos individuales que, por circunstancias que se refieren a la persona del representante, tienen por efecto, o al menos así se presume, lesionar los intereses de la sociedad. La situación de anomalía que caracteriza al representante en caso de conflicto de intereses no está regulada por la Directiva, como tampoco lo están las situaciones de incapacidad natural o legal o de los vicios de la voluntad que pueden incidir sobre la validez de los actos realizados por el mismo representante. En cambio, dicho conjunto normativo tiene por objeto regular las consecuencias de los límites objetivos fijados por las disposiciones legales o de los estatutos, o por las resoluciones adoptadas por la sociedad, a los poderes de los órganos sociales.

9. *Por otra parte, mi análisis se ve reforzado también por la Propuesta de Quinta Directiva sobre las sociedades. (2) En esa ocasión, la Comisión propuso precisamente la adopción de normas específicas que hacen oponibles a terceros contratantes las situaciones de conflicto de intereses en que se halle el órgano social tiene atribuida su representación, aunque únicamente a condición de que la sociedad aporte la prueba de que estos mismos terceros contratantes conocían la irregularidad del acto realizado o que, dadas las circunstancias, no podían ignorarla (apartado 4 del artículo 10). El hecho mismo de que la Comisión considerase necesario proponer que se legislara expresamente en materia de conflicto de intereses también aboga, por consiguiente, en favor de la exclusión de dicho fenómeno del ámbito de aplicación de la Directiva<sup>7</sup>.*

Pues bien, la actuación de los administradores en vulneración del deber de lealtad y con conflicto de intereses queda por tanto al margen de la aplicación de la Directiva 68, 151, CEE del Consejo, de 9 de marzo de 1968, (véase art. 10 de la Directiva 2009, 101, CE del parlamento y el Consejo de 16 de septiembre de 2009), y por consiguiente de la aplicación del artículo 234 de la Ley de Sociedades de Capital, por lo que a nuestro entender dicha actuación — no estando configurada dentro del poder de representación de los administradores — ha de configurarse como un supuesto de falta de poder, dentro del ámbito de aplicación de lo previsto en el artículo 1259 del Código Civil, lo que volvemos a reiterar, casa con la dispensa sobre todo *ex post* que pueda efectuarse.

El artículo 1259 del Código Civil expresamente prevé que:

«Ninguno puede contratar a nombre de otro sin estar por este autorizado o sin que tenga por la ley su representación legal. El contrato celebrado a nombre de otro por quien su autorización o representación legal será nulo, a no ser que lo ratifique la persona a cuyo nombre se otorgue antes de ser revocado por la otra parte contratante».

Sobre las consecuencias del acto del representante sin poder ha existido una extensa polémica tanto a nivel jurisprudencial o doctrinal<sup>8</sup> al respecto.

De esta forma, existen Sentencias del Tribunal Supremo que se decantan por la anulabilidad del acto (*Vid.* SSTs de 9 de mayo de 1994 y 23 de diciembre de 1997), y otras por considerar que el acto del representante sin poder ha de ser calificado como un negocio jurídico incompleto, no nulo ni inexistente, susceptible de ser ratificado (*Vid.* SSTs de 10 de junio de 2002 y 4 de abril de 2004).

Por su parte, y a título de ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de diciembre de 2007 (*RJ* 2007, 9063), expone la correcta doctrina al respecto:

«2.º El contrato celebrado sin poder es ciertamente un negocio jurídico incompleto y la ratificación afecta al dueño del negocio, que puede o no aceptarlo para quedar obligado. La Sentencia de 10 de junio de 2002 (*RJ* 2002, 4884) señala que el recurrente «ignora presupuestos de la dogmática jurídica en cuanto que, la sanción del artículo 1259 4060 del Código Civil (LEG 1889, 27), supone, sin más, que ese contrato en la hipótesis —no acreditada como se ha expuesto por la Sala «a quo»— celebrado a nombre de otro sin su autorización o representación, ni es existente, ni es radicalmente nulo [...]». La Sentencia de 26 julio 2001 (*RJ* 2001, 8428) dice que «[O]bviamente, en cuanto al primer aspecto, no cabe apreciar infracción alguna del artículo 4126 1259, porque este precepto recoge en su párrafo segundo inciso final la eficacia convalidante de la ratificación efectuada por la persona a cuyo nombre se otorgue un negocio sin su autorización previa, siempre que tenga lugar antes de ser revocado por la otra parte contratante, y si bien dicho precepto no recoge expresamente (a diferencia del art. 1727) la modalidad de ratificación tácita, esta posibilidad, que se produce cuando el interesado (representado) realiza un comportamiento que objetivamente solo es posible entender con una ratificación y que revela de manera inequívoca la voluntad de ratificar, se halla reconocida por las Sentencias, entre otras, de 25 de marzo de 1968 (*RJ* 1968, 3408) (cuando resulte de hechos que impliquen necesariamente la aprobación del «dominus»), 22 de diciembre de 1977 (*RJ* 1977, 4837) (presuntivamente deducida), 25 de febrero de 1994 (*RJ* 1994, 1263) (deducida de datos objetivos de aprobación), y 18 de marzo de 1999 (*RJ* 1999, 1858), [...]».

En nuestra opinión, los supuestos en que el contrato o negocio jurídico es celebrado por un representante sin poder han de calificarse como de negocios pendientes de una *condictio iuris* para su eficacia, es decir, la consistente ratificación expresa o tácita del principal, sin que puedan considerarse como nulos o anulables.

No obstante, si nos podemos referir al supuesto de hecho como *falsus procuratus* y representación aparente, no es menos cierto que es necesario realizar diferencias al respecto en función de cuál es el sujeto cuya protección debe primar, es decir, el principal (sociedad) o el tercero contratante.

Agudamente, Díez-PICAZO<sup>9</sup> analiza el anterior problema sobre las distinciones y efectos que nos podemos encontrar en los casos de representante sin poder y representante aparente. De esta forma, nos enseña que: «Para perfilar el supuesto que ahora analizamos hay que preguntarse si es posible distinguir el representante aparente o la apariencia de poder de representación de la figura estricta del representante sin poder. Aunque a veces en la terminología se confunde (ver Messineo, RTDDC, 1957), a nuestro juicio, la figura del falso procurador constituye una particular aplicación de la hipótesis de la ausencia de

poder de representación, en la cual la protección hay que dispensarla en favor del *dominus*. Supone, por consiguiente, que el *dominus* no ha participado en absoluto en la actividad del llamado *fictus procurator*, que esta no se ha debido ni a su iniciativa ni ha habido respecto de ella aquiescencia. En estos casos, la eventual protección de los terceros que hayan tratado con el *falsus procurator* no se sitúa en primer plano, porque estos terceros han soportado una carga de diligencia en la investigación de los poderes de representación de la persona con que se han relacionado.

En cambio, es distinta la situación de los que se pueden llamar representantes aparentes. La apariencia de poder de representación puede obedecer a un comportamiento del *dominus negotii*, cuando este, con sus actos, tácitamente o con su aquiescencia, ha contribuido a crear la apariencia y, por consiguiente, la base de una situación en la que los terceros pudieran confiar razonablemente. En este caso, la hipótesis no es de *falsus procurator*. Por el contrario, hay una auténtica procura o apoderamiento tácito, producido por *facta concludentia*.

Obviamente, la situación es distinta cuando la apariencia ha sido creada exclusivamente por el representante. Por ejemplo: ha falsificado el documento que le acredita como representante o ha llevado a cabo cualquier otra situación culpable o fraudulenta. La apariencia creada por el representante no cambia la cuestión del falso procurador. Hay únicamente inexistencia de poder de representación».

En análogo sentido al ya expuesto, GORDILLO CAÑAS<sup>10</sup> opina que: «En efecto, incluso tomando *falsus procurator* en la acepción más amplia que se le atribuye en la doctrina como comprensiva de la actuación, no solo de quien jamás gozó de poder de representación, sino de quien, teniéndolo, lo traspasa, abusa de él, o lo ejercita tras su extinción, siempre será cierto que ella no viene a confundirse con la del representante aparente. Esta última supone que, a más de actuación sin poder, concurren en el supuesto circunstancias tales que pueden llevar al tercero a la convicción razonable de que la persona en cuyo nombre actúa el representante ha apoderado efectivamente a este. Solo en este caso el *falsus procurator*, será, además, representante aparente».

Por tanto, en términos de apariencia jurídica o no ha de desenvolverse la existencia de protección del tercero.

Es conclusión, el acto del administrador con infracción del deber de lealtad puede ser considerado como un acto o negocio ineficaz o irrelevante, sujeto a la autorización o ratificación del órgano societario correspondiente, *ex* artículo 230 de la Ley de Sociedades de Capital<sup>11</sup>, que supone la legitimación de la actuación del administrador enervando la ilicitud de su conducta y la eficacia del negocio, sin que la infracción y el negocio puedan quedar amparados dentro del ámbito representativo de los administradores.

#### IV. BIBLIOGRAFÍA

- DÍAZ MORENO. Deber de lealtad y conflictos de intereses (observaciones al hilo del régimen de las operaciones vinculadas), en *Análisis Gómez-Acebo & Pombo*, diciembre de 2014.
- DÍEZ-PICAZO. *La representación en el Derecho Privado*. Editorial Civitas, 1979.
- *Comentario del Código Civil*. Ministerio de Justicia. Tomo II. Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones. Madrid, 1993.
- ESTRUCH ESTRUCH. Eficacia e ineficacia del autocontrato. *Anuario de Derecho Civil*, 2013 (III).

- GARCÍA-VILLARUBIA BERNABÉ. Las infracciones al deber de lealtad. *El Derecho*. Revista de Derecho Mercantil núm. 35.
- GORDILLO CAÑAS. *La representación aparente* (una aplicación del principio general de protección de la apariencia jurídica), Sevilla, 1978.
- JUSTE MENCÍA. Artículo 227. Deber de lealtad, *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo* (Ley 31/2014), Juste Mencía, J. (coord.), Pamplona, 2015.
- MASSAGUER FUENTES. Artículo 232. Infracciones derivadas de la infracción del deber de lealtad, *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo* (Ley 31/2014), Juste Mencía, J. (coord.), Pamplona, 2015.
- PAZ-ARES. Anatomía del deber de lealtad, en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 2015, número 39.
- REDONDO TRIGO. El «*falsus procuratus*» y los casos de falta de autorización de la Junta General para la adquisición, la enajenación o la aportación a otra sociedad de activos esenciales. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año núm. 91, núm. 752, 2015.
- RIVERO HERNÁNDEZ. De nuevo sobre la autorización en Derecho Privado. *Anuario de Derecho Civil*, Vol. II (2016).

## V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STJ de la Unión Europea (Sala Sexta) de 16 de diciembre de 1997.
- STS de 9 de mayo de 1994.
- STS de 23 de diciembre de 1997.
- STS de 10 de junio de 2002.
- STS de 4 de abril de 2004.
- STS de 28 de diciembre de 2007.
- STS de 8 de abril de 2013.
- STS de 23 de septiembre de 2014.
- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 11 de junio de 2015.
- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 3 de agosto de 2016.

## NOTAS

<sup>1</sup> *Vid.* REDONDO TRIGO. El «*falsus procuratus*» y los casos de falta de autorización de la Junta General para la adquisición, la enajenación o la aportación a otra sociedad de activos esenciales. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, ISSN 0210-0444, Año núm. 91, Núm. 752, 2015, pp. 3741-3756.

<sup>2</sup> PAZ-ARES. Anatomía del deber de lealtad, en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 2015, número 39, página 64.

En realidad, junto a estas acciones que a continuación son citadas por Paz Ares, ha de tenerse presente que de acuerdo con el artículo 227.2 de la Ley de Sociedades de Capital, la infracción del deber de lealtad determinará no solo la obligación de indemnizar el daño causado al patrimonio social, sino también la de devolver a la sociedad el enriquecimiento injusto obtenido por el administrador.

Por otro lado, cabe hacer notar en lo que nos ocupa que las Conclusiones de las Jornadas de los Magistrados especialistas en Mercantil, celebradas en Pamplona los días 4, 5 y 6 de noviembre de 2015, se estimó lo siguiente:

En cuanto a las acciones previstas en el artículo 227.2 de la Ley de Sociedades de Capital:

— «1. La nueva «acción de enriquecimiento injusto»

1.1. La previsión del artículo 227 2 del TRLSC —la infracción del deber de lealtad determinará no solo la obligación de indemnizar el daño causado al patrimonio social, sino también la de devolver a la sociedad el enriquecimiento injusto obtenido por el administrador—, aunque se proyectará normalmente sobre supuestos en que concurren los dos tipos de efectos patrimoniales —el daño y el enriquecimiento injusto—, ¿admite también hipótesis en las que, como consecuencia de la infracción del deber de lealtad, se genere un enriquecimiento pero no un daño para la sociedad?

1.2. ¿Cabe, por lo tanto, el ejercicio autónomo de la acción de enriquecimiento injusto, aunque no esté expresamente previsto en el artículo 232 del TRLSC?

1.3. ¿Supone un obstáculo para admitir la posibilidad de un ejercicio autónomo de la acción de enriquecimiento injusto el significado propio del verbo *devolver* que emplea el precepto? ¿Acota los supuestos de enriquecimiento injusto a los casos en que el administrador ha percibido ventajas que corresponderían o que podría haber obtenido la sociedad? O, en otros términos, ¿en el verbo *devolver* está implícita la tradicional exigencia del empobrecimiento del actor, la sociedad en este caso?

1.4. ¿La condena con base en las dos acciones puede consagrar un beneficio para la sociedad, o se debe descontar en la reparación del daño lo que el administrador debe devolver?

1.5. ¿Podría aunque del hecho no se derive perjuicio para el patrimonio social estimarse parcialmente la demanda para condenar al administrador a *devolver* —es decir, a pagar a la sociedad— lo que con infracción de su deber de lealtad obtuvo del tercero?

1.6. Si cabe el ejercicio autónomo de la acción de enriquecimiento injusto ¿la legitimación corresponde a la sociedad por medio de su órgano de representación, o cabría admitir también una legitimación subsidiaria de los socios?

1.7. Plazo prescriptivo ¿es de aplicación la norma del artículo 241 bis, cuatro años a contar desde el día en que pudo ejercitarse?

1.8. ¿A quién corresponde la legitimación activa?; ¿cabría admitir el ejercicio subsidiario de la acción por parte de la minoría?

*«Se entendió por mayoría que la acción de enriquecimiento no es una acción autónoma, sino que se trata de un efecto o de una penalidad, mediante la que se trata de reforzar la virtualidad del deber de lealtad, adicional a la estricta obligación de reparar el daño causado a la sociedad cuando se ejerce la acción social de responsabilidad, sometiéndose por lo tanto a los requisitos de legitimación y de prescripción de esta».*

— «2. Otras acciones derivadas de la infracción del deber de lealtad (art. 232):

2.1. ¿Cómo se resuelve la confluencia de normas y de remedios en el caso de que la conducta infractora del deber de lealtad sea también un ilícito de la Ley de competencia desleal (por ejemplo, hacer uso de la información confidencial de la compañía con fines privados, artículo 229 1 letra c, y la revelación de secretos del artículo 13 de la LCD)? ¿cabría el ejercicio simultáneo o duplicado de las dos acciones, con distinto régimen de legitimación activa y de alcance de soluciones, por ejemplo en materia de enriquecimiento injusto?

2.2. La acción de anulación de los actos y contratos celebrados por los administradores con violación de su deber de lealtad, ¿es de la competencia del Juzgado de Primera Instancia no especializado, o el hecho de fundarse en la infracción de normas societarias, las que definen el deber de lealtad, determina la competencia del Juzgado de lo mercantil conforme a la letra a) del artículo 86 ter. 2 de la LOPJ?

2.3. ¿Cabe sostener una acción de nulidad de un contrato en la deslealtad de la actuación del administrador que en nombre de la sociedad lo concertó, sin demandarlo? Supuesto que la acción de anulación sea de la competencia del Juzgado de lo mercantil, ¿cabría acumular a ella otra de enriquecimiento injusto dirigida contra el administrador?

*«Resulta posible un concurso de normas en el caso de que al mismo tiempo se esté ante una infracción de competencia desleal.*

*En los casos de ejercicio acumulado de acciones, se entendió unánimemente que resultaría competencia del juzgado de lo mercantil si alguna de las acciones acumuladas fuera específicamente mercantil.*

En el caso de que se plantee el ejercicio de las «otras acciones» de forma aislada, por ejemplo de la acción de anulación de actos y contratos, se entendió de forma mayoritaria que la competencia sería del juzgado de lo mercantil, al basarse la causa de pedir en la infracción del deber de lealtad».

<sup>3</sup> GARCÍA-VILLARUBIA BERNABÉ. «Las infracciones al deber de lealtad». *El Derecho. Revista de Derecho Mercantil* núm. 35, 2015.

<sup>4</sup> Vid. JUSTE MENCÍA. «Artículo 227. Deber de lealtad», en *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31, 2014)*, Juste Mencía, J. (coord.), Pamplona, 2015, pp. 360 y sigs.; Massaguer Fuentes. «Artículo 232. Infracciones derivadas de la infracción del deber de lealtad», en *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31, 2014)*, Juste Mencía, J. (coord.), Pamplona, 2015, pp. 427 y sigs.; y Díaz Moreno. «Deber de lealtad y conflictos de intereses (observaciones al hilo del régimen de las operaciones vinculadas)», en *Análisis Gómez-Acebo & Pombo*, diciembre de 2014.

<sup>5</sup> Para un análisis del régimen jurídico de la «autorización», Vid. Rivero Hernández. «De nuevo sobre la autorización en Derecho Privado». *Anuario de Derecho Civil*, Vol. II (2016).

El artículo 230 de la Ley de Sociedades de Capital, prevé que:

«(...) La autorización deberá ser necesariamente acordada por la junta general cuando tenga por objeto la dispensa de la prohibición de obtener una ventaja o remuneración de terceros, o afecte a una transacción cuyo valor sea superior al diez por ciento de los activos sociales. En las sociedades de responsabilidad limitada, también deberá otorgarse por la junta general la autorización cuando se refiera a la prestación de cualquier clase de asistencia financiera, incluidas garantías de la sociedad a favor del administrador o cuando se dirija al establecimiento con la sociedad de una relación de servicios u obra.

En los demás casos, la autorización también podrá ser otorgada por el órgano de administración siempre que quede garantizada la independencia de los miembros que la conceden respecto del administrador dispensado. Además, será preciso asegurar la inocuidad de la operación autorizada para el patrimonio social o, en su caso, su realización en condiciones de mercado y la transparencia del proceso. (...)».

RIVERO HERNÁNDEZ (*op. cit.*, pp. 399 y 400) razona los efectos de la autorización en Derecho Privado de la siguiente forma: «En términos generales, considerada como permisión para actuar, la autorización relativa a actos materiales no tanto habilita al autorizado para la realización del acto —que podría hacerse sin ella, aunque sería ilícito— cuanto remueve la ilicitud del mismo, y si referida a actos jurídicos hace posible producir efectos para el autorizante mediante un acto que sin aquella sería indiferente, ineficaz para este. Desde otro punto de vista, habida cuenta que no hay un régimen general de la autorización en nuestro sistema jurídico sino normas particulares para supuestos concretos, algunos bastante diferentes que otros, amén de la distinción entre autorización simple y la *stricto sensu*, no cabe hablar de unos efectos determinados de la autorización, como típicos de esta, por lo que habrá que estar en ese orden al efecto legal específico que la norma respectiva señale para cada caso. Por tanto, con esa salvedad y remisión, apenas cabe decir (i) en la *autorización simple* su eficacia general es la del levantamiento de la prohibición concreta, de lo que resulta la corrección jurídica de la actividad del autorizado, lo que permite la producción de efectos —casi siempre para él, excepcionalmente para el autorizante—, los específicos de cada supuesto y norma correspondiente; hay, pues, dos tipos de eficacia (genérica y específica); (ii) en la *autorización stricto sensu* su efecto es legitimar al autorizado en su actividad negocial referida a bienes e intereses del *dominus*, y con ello permitir la producción de los efectos concretos del negocio actuado en su interés, efectos ahora para este (lateralmente para aquel). En este orden su alcance y eficacia es menor que la del poder, que puede ser representativo, y no la autorización, más limitada a ese respecto (con independencia de su contenido *ex voluntate*): lo que se puede alcanzar con la autorización se puede también con el poder, pero no a la inversa (a un procurador de los tribunales no le basta presentar en el proceso una autorización; se requiere un poder de representación)».

<sup>6</sup> En realidad la dispensa *a posteriori* no está prevista en el artículo 230 de la Ley de Sociedades de Capital, aunque no observamos que exista ningún inconveniente al respecto desde un punto de vista dogmático. Si la dispensa es *a priori*, genuinamente estaríamos



ante un caso de «autorización», mientras que si la dispensa es *a posteriori*, en realidad estaríamos ante un supuesto de «ratificación».

Al hilo de lo anterior y aunque dentro del análisis de la figura del autocontrato podemos citar al caso las siguientes reflexiones de Estruch Estruch: «A nuestro entender, la autorización para dotar de validez al autocontrato necesariamente tiene que ser anterior al negocio jurídico realizado por el representante en su propio nombre y en nombre del representado.

Si la autorización se otorga por el *dominus negotii* una vez perfeccionado el contrato, en realidad no estaremos ante un supuesto de autorización de la autocontratación sino ante un caso de ratificación (posterior) del negocio jurídico realizado sin poder o sin poder suficiente para ello (art. 1259 del Código Civil).

Aunque aparentemente parezca que los efectos que producen ambas situaciones (autorización previa o ratificación posterior) son los mismos, pues la ratificación tendrá eficacia retroactiva, sin embargo, existen algunas diferencias entre ambas situaciones que impiden, a nuestro entender, equipararlas.

En primer lugar, a efectos fiscales no existirá retroactividad, por lo que el impuesto de transmisiones patrimoniales se devengará con la ratificación y no con la perfección del negocio jurídico realizado sin poder o sin poder suficiente para su celebración.

Por lo tanto, si el negocio se hubiera autorizado previamente por el *dominus negotii* el impuesto se habría devengado en el momento mismo de su perfección por el representante (art. 49.1 Texto Refundido Ley del Impuesto de Transmisiones) y, en caso de ratificación, el impuesto se devengará en el momento de la ratificación (art. 49.2 Texto Refundido Ley del Impuesto de Transmisiones).

En segundo lugar, aunque posteriormente se ratificara el negocio jurídico incurrido en autocontratación realizado sin autorización previa del *dominus negotii*, parece que el representante que celebró dicho negocio habrá infringido el artículo 1714 del Código Civil y, en su caso, el artículo 1459.2 del Código Civil, con las consecuencias en orden a la responsabilidad del mandatario que ello pueda acarrear (cfr. art. 1726 del Código Civil).

Por el contrario, si el representante estaba autorizado, dichas infracciones no se produjeron.

Por otra parte, en el caso de autorización previa, es posible que el *dominus negotii* inste la nulidad del negocio jurídico realizado por su representante con abuso de poder, esto es, por la utilización desviada del mismo en relación con la finalidad para la que se otorgó.

Sin embargo, en el caso de ratificación, una vez realizada esta, el representado ya no podrá instar la nulidad por abuso de poder, pues habrá consentido de modo expreso el concreto negocio jurídico realizado en su nombre por el representante.

Finalmente, aunque, como decimos, la ratificación tiene eficacia retroactiva, hay que tener presente que lo que en ningún caso podrá hacer es perjudicar los derechos de terceros de buena fe adquiridos entre el negocio jurídico realizado por el representante y la ratificación posterior [SSTS de 22 de octubre de 1999 (*RJ* 1999, 7621) y 12 de diciembre de 1989 (*RJ* 1989, 8821)].». ESTRUCH ESTRUCH. Eficacia e ineficacia del autocontrato. *Anuario de Derecho Civil*, 2013 (III).

<sup>7</sup> Propuesta modificada de Quinta Directiva basada en el artículo 54 (3) (g) del tratado CEE referente a la estructura de las sociedades anónimas y a los poderes y obligaciones de sus cargos (presentada por La Comisión al Consejo el 19 de agosto de 1983), preveía lo siguiente:

«4. La falta de autorización por parte del órgano de vigilancia o la irregularidad de la decisión por la que se concede la autorización no podrá oponerse frente a terceros, a menos que la sociedad pruebe que dichos terceros estaban al corriente de la falta de autorización o de la irregularidad de la decisión, o que no podían ignorarlo, teniendo en cuenta las circunstancias».

<sup>8</sup> DIEZ-PICAZO, *Comentario del Código Civil*. Ministerio de Justicia. Tomo II. Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones. Madrid, 1993, pp. 439 y 440, expone su parecer del siguiente modo: «La segunda parte del precepto legal que comentamos, examina el régimen jurídico del contrato celebrado por quien carece de poder de representación suficiente, lo que puede ocurrir porque el poder no haya sido jamás otorgado, porque se haya extinguido con todos los requisitos necesarios para que esta extinción produzca efecto en relación con los terceros o porque el poder de representación sea insuficiente en relación con el acto que

se pretende celebrar. Para esta hipótesis, en los casos en que la actuación del representante es abierta, el artículo 1259 considera el acto nulo, aunque sin puntualizar, ni hacer ningún tipo de referencia a la clase de nulidad. Inmediatamente después de decir que es nulo añade que el acto puede ser ratificado por el *dominus* o principal, lo que se compagina mal con una nulidad que, carente de calificación, habría que considerar como radical y absoluto. Efectivamente, si un acto es radicalmente nulo, no admite convalidación, ni producción de efectos en momento alguno. Un acto que puede ser ratificado y que a partir de su ratificación produce todos sus efectos, no puede ser considerado nulo en sentido estricto. Además, el precepto legal admite que el tercero puede «revocar» el contrato celebrado por el representante sin poder, lo que tampoco parece conciliable con la sanción de nulidad, pues el acto es *per se* nulo, el tercero no puede ni tiene por qué revocarlo.

Podría pensarse que con la referencia a la nulidad, el Código Civil alude a lo que técnicamente se denomina anulabilidad, mas tampoco esta categoría conviene al fenómeno contemplado en el precepto que comentamos. La ley no atribuye al *dominus* o principal un poder especial de impugnación del acto, ni tiene este por qué soportar la carga de llevar a cabo la impugnación. Además, aun en el supuesto de que el principal o el representado atacara o impugnara el acto, no por ello destruiría la eficacia que tal acto puede desplegar entre sus autores. Por todo ello, entendemos que la categoría técnica que expresa mejor la calificación que merece el acto del representante sin poder frente al principal o *dominus* es la de ineficacia relativa o irrelevancia».

<sup>9</sup> DÍEZ-PICAZO. *La representación en el Derecho Privado*. Editorial Civitas, 1979, pp. 214 y 215.

<sup>10</sup> Con carácter general sobre la materia de la representación aparente, *Vid.* Gordillo Cañas. *La representación aparente (una aplicación del principio general de protección de la apariencia jurídica)*, Sevilla, 1978.

<sup>11</sup> Coincidimos con GARCÍA VILLARRUBIA (*Vid. op. cit.*) en que las Sentencias del Tribunal Supremo de 8 de abril de 2013 (*RJ* 2013, 4597, Ponente Ignacio Sancho Gargallo) y 23 de septiembre de 2014 (*RJ* 2014, 5044, Ponente Rafael Sarazá Jimena), que constituyen la base de los autores que argumentan la nulidad del negocio por causa ilícita, en realidad argumentan dicha nulidad del negocio jurídico por causa ilícita por la defraudación de los derechos de socios y no por la infracción del deber de lealtad.